

**ELECCIONES Y DERECHO  
FUNDAMENTAL A  
LA HOMOAFECTIVIDAD**

Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro

I

# ELECCIONES Y DERECHO FUNDAMENTAL A LA HOMOAFECTIVIDAD

Jorge Augusto de Medeiros Pinheiro\*

## RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo analizar las uniones homoafectivas frente al caso concreto de las elecciones, sobre una visión de los derechos fundamentales, con base en la teoría tridimensional del derecho, de Werner Goldschmidt y de Miguel Reale, con una mirada sociológica, normológica y axiológica. Finalmente se concluye que las personas y las iglesias no deben olvidar que el mundo de hoy es plural y que todas las naciones buscan el ejercicio de los derechos sociales individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios.

**Palabras Clave:** Uniones homoafectivas. Derechos fundamentales. Elecciones y homoafectividad. Homoafectividad y la teoría tridimensional del derecho. Derechos humanos y uniones homoafectivas.

## 1 INTRODUCCIÓN

Teniendo como base a la Carta de las Naciones Unidas y su importancia para la fraternidad, la libertad, la justicia y la paz en el mundo, los que son soportes para el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la Organización de los Estados Ame-

ricanos que tienen casi 60 años y la más reciente, con 39 años, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, ambas establecen que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, no habiendo distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición y también establece el deber de convivir con otras personas, de manera que todas y cada una de ellas puedan formar y desenvolver íntegramente su personalidad, siendo este un deber ante la sociedad.

A pesar del tiempo que ha pasado, que es considerable, pocas cosas han cambiado en el mundo. La mayor meta de esas declaraciones es consagrar el principio de la igualdad de toda persona humana y eso también lo contienen todas las Constituciones Nacionales de los países occidentales.

Puede decirse que hasta los días de hoy, en virtud de un fuerte trazo conservador en la sociedad, y por la difícil posibilidad de vencer las barreras y prejuicios impuestos por esa misma sociedad, los homosexuales no gozan de algunos derechos de los que si gozan los heterosexuales. Quién busca una felicidad fuera de los padrones aceptados por la sociedad, debe vivir en la marginalidad.

\* Abogado. Doctor en Ciencias Empresariales/Argentina. Profesor Adjunto IV de la Universidad Federal de Pará. Doctorando en Derecho Penal y Ciencias Penales/Argentina. Profesor Visitante de Doctorado en Derecho de la Universidad de Museo Social Argentino y de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales - Argentina.

Las uniones homoafectivas, término utilizado por Maria Berenice Dias, en su libro *Unión Homosexual: el prejuicio y la justicia*, están sujetas a una resistencia muy fuerte por parte de la sociedad, en virtud de haber contrariado la orden natural de las cosas y el padrón estipulado, que no puede ser quebrado.

En este trabajo, se investigará con base en la Teoría Tridimensional del Derecho de Werner Goldschmidt y de Miguel Reale, con una visión sociológica, normológica y axiológica.

## 2 DIMENSIÓN SOCIOLÓGICA

### 2.1 DISCRIMINACIÓN Y LIBERTAD

Las personas que sufren discriminaciones son, por ejemplo, los negros, los judíos, los pobres, los homosexuales, los indios, los orientales (en el mundo occidental) y las mujeres (en el mundo oriental e islámico). Ellos sufren este tipo de discriminaciones por ser diferentes de los modelos estipulados por la sociedad o por encontrarse fuera de esos padrones, por lo que son consideradas minorías sociales.

A pesar de que los derechos humanos estipulan que no deberá existir discriminación por motivos de raza, sexo y posición económica, esas personas continúan no siendo aceptas por la sociedad.

Algunos autores consideran la sexualidad como un derecho de primera generación, en el mismo *status* que la libertad y la igualdad. La libertad comprende el derecho a la libertad sexual, unida al derecho de tratamiento igualitario, e independiente de la tendencia sexual. Trátase de una libertad individual, es decir, de un derecho del individuo y como todos los derechos de primera generación son inalienables e imprescriptibles. Es un derecho natural que acompaña el ser humano desde su nacimiento, pues viene de su propia naturaleza.

Considérase la libre orientación sexual como un derecho de segunda generación. La

discriminación y el prejuicio de los que son blancos los homosexuales dan origen a una categoría digna de protección. A pesar de que la hiposuficiencia puede ser considerada solamente por el lado económico, debe elastizarse su significado. Este es un presupuesto y causa de un especial tratamiento dispensado por el derecho, tanto que son reconocidos como hiposuficientes el anciano, el niño, el deficiente o portador de necesidades especiales, el negro, el judío, la mujer, el aborigen, porque siempre fueron blancos de exclusión social.

La hiposuficiencia social que se da por prejuicios y discriminación genera, por reflejo, la hiposuficiencia jurídica. La ausencia de norma jurídica lleva al margen del Derecho, a ciertas categorías sociales, cuyo criterio de clasificación no es el económico. No se puede, por lo tanto, dejar de incluir como hiposuficientes a los homosexuales. Aun cuando vengan de una condición económica suficiente, puede decirse son social y jurídicamente hiposuficientes.

El derecho a la sexualidad avanza para ser inserto como un derecho de tercera generación, que comprende los derechos corrientes en la naturaleza humana, tomados no individualmente, sino más genéricamente, solidariamente.

La realización integral de la humanidad abarca todos los aspectos necesarios a la preservación de la dignidad humana e incluye el derecho del ser humano de exigir respeto al libre ejercicio de su sexualidad. Es un derecho de todos y de cada uno, a ser garantizado a cada individuo por todos los individuos, puede decir que es un derecho de solidaridad, sin lo cual la condición humana no se realiza, no es integral.

Es indudable que la sexualidad es un elemento de la propia naturaleza humana, sea individualmente, sea genéricamente considerada. Sin libertad sexual, sin derecho al libre ejercicio de la sexualidad, sin opción sexual libre, el propio género humano no se realiza, falta la libertad, que es un derecho fundamental de la persona humana.

La doctrina y la jurisprudencia de los tribunales han desempeñado papeles importantes para un cambio de mentalidad. En Brasil, el término *concubinato*, no es más utilizado, fue cambiado para una expresión moderna llamada unión estable. La alteración del término, que era usado para relaciones extramatrimoniales, fue provocada por los operadores del derecho. La justicia al extraer consecuencias jurídicas de esas relaciones de hecho, hizo con que la Carta Magna brasileña tuviese un contenido reconociendo esa relación como entidad familiar.

## 2.2 ADOPCIÓN POR HOMOSEXUALES

La teoría de la degeneración, que hizo escuela largamente en ámbitos científicos y silvestres sustentaba la tesis de que a padres heterosexuales, hijos heterosexuales, por lo que un hijo homosexual sería producto de la degeneración de lo normal.

Tributaria de aquella teoría surge una que dictamina que a padres homosexuales, hijos homosexuales. Hay numerosos casos de hijos de parejas homosexuales, donde sus hijos son heterosexuales. El desarrollo psicoemocional de esos hijos, tira por la borda las manifestaciones prejuiciosas acerca de los trastornos identificatorios, la habilidad identitaria y sobre todo esquemas preformados de elección de objeto amoroso.

Algunas corrientes acreditarían que serían degenerados y son normales por casualidad, sostienen que seguramente profundizando en sus cualidades psíquicas se descubrirán las huellas patológicas de la situación antinatural a la que fueron sometidos.

Para algunas personas es horroroso que se permita que un niño o una niña abandonados sean adoptados por homosexuales. No hay la misma manifestación de horror hacia el maltrato cotidiano, las vejaciones, abusos y vi-

olaciones que suelen sufrir a veces en sus hogares de origen, o siempre, en las instituciones de internación, sin olvidar los niños en las calles, que están abandonados por su familia y por el gobierno.

La pregunta básica que subyace es si la orientación sexual de una persona que quiere adoptar es determinante para sus chances de lograrlo. Si bien podría argumentarse erróneamente que la cuestión de fondo pasa porque la sociedad determina que el niño debe ser criado en una situación de familia clásica, con roles claros y funciones anatómica y socialmente determinadas, este argumento escatima la cuestión que lo que subyace es la discriminación hacia la homosexualidad, los miedos, los prejuicios y el horror que esto despierta.

Hoy, la ciencia admite que los niños y niñas que crecen con padres gays, lesbianas, travestis, transexuales, bisexuales o intersexo se desarrollan en forma normal en lo cognitivo, social e emocional, pensando lo normal como un equilibrio dinámico y no como una ausencia de conflicto, pues eso escapa a la especie humana.

Esa situación fue el caso de la Asociación de Pediatras Americanos, con sede en Nueva York, que tuvo que admitir que la orientación sexual de quienes ejercen las funciones maternas y paternas no genera ninguna patología en particular.

La cuestión de que las trabas para la adopción monoparental son infinitamente menores, salvo en aquellos casos en que sospecha de la orientación sexual del solicitante abona estos dichos.

El determinar la aptitud de alguien para adoptar, situación que debe establecerse fehacientemente no pasa, al menos desde la perspectiva psicológica, por la orientación sexual, sino por otras cuestiones entre las cuales el deseo de tener un hijo no es precisamente menor.

## 2.3 LA MORAL Y EL PENSAMIENTO DE LA IGLESIA CATÓLICA

Buscar un lugar para la minoría homosexual en la sociedad no es un problema reciente. Aristófanes, en uno de los diálogos en el *Symposium*, de Platón, decía que la raza humana fue creada con tres géneros: los doblemente machos, las doblemente hembras y los que eran macho y hembra al mismo tiempo. Cada uno de ellos con cuatro piernas y cuatro brazos.

Como toda buena mitología griega, en algún momento las criaturas fueron punidas por los dioses, que las separan en dos partes. Aristófanes concebió una parábola para el amor en los tiempos modernos, contemplando el relacionamiento no sólo entre hombres y mujeres, más también entre hombre y hombre, y mujeres y mujeres.

Al estar delante de ese tipo de reflexión, gran parte de las personas alega valores morales para ubicarse contra la unión civil entre dos personas del mismo sexo.

En febrero de 2003, cuando George W. Bush propone una enmienda en la Constitución americana prohibiendo que homosexuales se casen, alegó que actuara para proteger la institución más fundamental de la civilización.

No hay duda, que las personas que profesan la religión católica tienen derecho a contraer el matrimonio que ellos consideran único e indivisible, pero eso no obliga al resto de los ciudadanos.

La Iglesia Católica considera una propuesta errónea e injusta y un retroceso democrático aquellos países que establecieron la unión civil de parejas de mismo sexo. Ese modelo de razonamiento es seguido por parte de la prensa. El comentarista Charles Krauthammer escribió en la revista *Time* que la mayoría de los americanos consideraba las parejas homosexuales "moral y psicológicamente repugnantes y no merecedores de aprobación social", pero olvidó de mencionar que en los Estados Unidos, la concordancia con el casamiento entre personas del mismo sexo oscila poco debajo del 50%.

Para entender cuales son los valores fundamentales de ese rechazo, es necesario mirar para la más común de su origen, que es la religión. Todas las grandes religiones monoteístas rechazan el sexo homosexual. Islamismo, judaísmo y cristianismo lo consideran antinatural. En el Levítico, la Biblia asevera que "si un hombre se acostase con otro hombre como si fuese una mujer, ambos cometerían una cosa abominable. La punición será la muerte". En la verdad, esas personas romperían con un acuerdo histórico.

Las iglesias consideran que el casamiento es una unión de amor entre hombre y mujer, para toda la vida y con objetivo de procrear y educar los niños. Gays y lesbianas, por lo tanto, son incapaces de cumplir integralmente la misión primordial del casamiento.

Si no hay duda sobre la condena bíblica a la homosexualidad, los objetivos del matrimonio parecen ser aliviados por los religiosos en otras situaciones. Ninguna iglesia prohíbe el casamiento de personas estériles, o sea, que no pueden procrear o de personas con una cierta edad, que también no pueden más tener niños.

Conforme los sociólogos, la respuesta está fuera de la Biblia. A pesar de justificada en valores religiosos, la condena a la homosexualidad es fundamentada en un concepto llamado de tradicionalismo. En general, las personas tienen dificultad de lidiar con cuestiones cuyas respuestas van a confrontar con lo que se presenta como correcto. No hay duda que mirar los homosexuales como iguales, es una novedad radical en la realidad de los heterosexuales.

## 3 DIMENSIÓN NORMOLÓGICA

### 3.1 LA HOMOAFECTIVIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

Los países nórdicos fueron los primeros en aceptar personas del mismo sexo, que se uniesen como pareja homosexual. Del lado opuesto esta la mayoría de los países árabes, que

condenan a prisión, a quienes tienen relaciones sexuales con personas del mismo sexo, y en el caso de África, esta Zimbabue, cuyo dictador mira a los gays como "subanimales" y "sin derechos". En la última década, el mundo poco a poco empezó a mostrar naciones que garantizan derechos a los gays y otras que no les reconocen como ciudadanos.

### 3.1.1 Dinamarca

Fue el primer país en el mundo a legislar sobre unión civil homosexual, a través de una ley llamada *Danish Registered Partnership Act*, en 7 de junio de 1989, con vigencia en 1º de octubre de 1989.

Esa ley produjo los mismos efectos legales que el contrato de casamiento, excepto la adopción, hay también otra exigencia, en el caso de extranjeros, que por lo menos uno de la pareja debe ser danés, con domicilio y residencia.

Otro detalle, es que la solución de los problemas patrimoniales, cuando termina la relación, tiene como regla el Principio del Enriquecimiento Sin Causa, que dispone que un compañero o una compañera no tiene derecho de tomar posesión de un inmueble o de los objetos domésticos que pertenece al otro.

### 3.1.2 Noruega

Promulgó la Ley n. 40, denominada *Lov on Registered Patnerskap*, en 30 de abril de 1993. Esa ley prohíbe expresamente la adopción, pero los compañeros pueden ejercer la patria potestad y con relación a los derechos patrimoniales, la pareja es considerada propietaria en partes iguales.

### 3.1.3 Suecia

Partenariat, fue la ley aprobada en 26 de julio de 1994 en ese país sobre pareja homosexual. Hay previsión legal en los derechos patrimoniales, donde toda propiedad adquirida

en la constancia de la pareja deberá ser dividida igualmente, al término de la relación. La edad mínima para formar una pareja, es 18 años. En el caso de extranjeros, exige que uno de los compañeros tenga ciudadanía y domicilio establecido en Suecia y es vedada la adopción individual o conjunta.

El Contrato de Unión Civil es oficializado en la Intendencia o en la Casa Legislativa de la Municipalidad. Establece también que la disolución del contrato civil, puede ser considerado un acto civil, es decir, habrá intervención judicial y sus requisitos y procedimientos son los mismos que se aplican al casamiento.

### 3.1.4 Islandia

En 4 de junio de 1996 fue promulgada la ley que posibilita el registro de unión civil, estableciendo que la pareja puede tener el ejercicio de la patria potestad.

### 3.1.5 España

En 30 de junio de 1998, España aprobó una ley que reconoce la unión civil, definiendo como Unión Estable de Pareja Formada por Dos Personas del Mismo Sexo Viviendo de Manera Marital.

Actualmente, el gobierno de José Luis Rodríguez Zapatero aprobó el anteproyecto de ley que permitirá el matrimonio de personas del mismo sexo. La principal razón por lo cual el gobierno aprobó esa medida, es el reconocimiento de derechos de los homosexuales a formar familias y a dejar de ser ciudadanos de "segunda", conforme declaración del presidente del gobierno.

Es interesante mirar las palabras textuales del jefe de gobierno ejecutivo español José Luis Rodríguez Zapatero (2004) dichas para el diario El País, de Madrid, y su importancia, en virtud de España ser un país predominantemente católico:

Los homosexuales tienen todas las obligaciones como ciudadanos y sin embargo, se les niegan algunos derechos. Lo que quiere el gobierno es que estos ciudadanos que todos conocemos, porque son amigos, parientes o compañeros de trabajo, dejen de ser de segunda y tengan plenos derechos, lo que incluye que puedan formar una familia (ZAPATERO, 2004, p.3).

En el ámbito del PSOE – Partido Socialista Operario Español, el responsable de Movimientos Sociales y ONG, Pedro Zerolo, aseguró que la ley “no va contra nadie”, sino a favor de una sociedad en la que quepan todos.

### 3.1.6 Francia

Ese país aprobó el Pacto Civil de Solidaridad, a través de la Ley n. 944, en 15 de noviembre de 1999 y con varios decretos reglamentarios, n. 1089, n. 1090 y 1.091, en 21 de diciembre de 1999.

El Pacto Civil de Solidaridad es un contrato celebrado entre dos personas mayores de edad del mismo sexo o diferentes, con lo desideratum de organizar la vida en común. Ese pacto no tiene efecto en el estado civil de las personas, una vez que la transcripción del estado civil no será en el registro público, más sobre un registro particular.

Un detalle de la ley es que personas menores de edad, mismo emancipadas, no pueden firmar el pacto; la forma de división de los bienes deberá estar prevista, es necesario también constar en el pacto la descripción de la forma con la cual cada compañero contribuirá para la vida en común.

El pacto deberá ser presentado en dos vías, mencionando que las cláusulas allí contenidas tienen como fundamento la Ley del Pacto Civil de Solidaridad, siendo llevado por las partes a la Notaría del Tribunal Común y presentar la do-

cumentación exigida, o sea, partida de nacimiento, certificado de domicilio, comprobante de nacionalidad, etc. Si una de las partes es de nacionalidad extranjera, el pacto será celebrado en el consulado o embajada correspondiente.

Es interesante observar, que el pacto prevé la total cobertura médica al compañero descubierto, en caso de muerte del compañero asegurado. El compañero superviviente tendrá derechos a la pensión. Otro detalle, es que casando uno de los compañeros, el pacto está extinto.

### 3.1.7 Holanda

La ley es denominada de Act on the Opening Up of Marriage, fue publicada el 11 de enero de 2001, entró en vigor en abril del mismo año. La aprobación de la ley que permite los matrimonios entre homosexuales fue saludada con aplausos y abrazos entre el público que siguió el debate desde las tribunas del Parlamento holandés.

Es considerada la ley más liberal sobre homosexualidad. La edad mínima requerida para el casamiento y unión homosexual registrada es 18 años. Sólo la adopción, también permitida, presenta dos requisitos singulares. La pareja precisa al menos tres años de convivencia y por lo menos uno de los compañeros deberá ser ciudadano holandés y tener su domicilio y residencia habitual en Holanda, en caso de extranjeros. Los niños deben tener la nacionalidad holandesa.

### 3.1.8 Alemania

En Alemania se reconoce la unión civil, la ley empezó a regir el 1º de agosto de 2001. La ley tiene beneficios como la inclusión al seguro de salud y la reglamentación de herencia, pero prohíbe la adopción. La unión civil para tener efectos deberá ser registrada ante el Instituto para el derecho de la Familia.

### 3.1.9 Argentina

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoce la unión civil desde 12 de diciembre de 2002. La ley protege la unión conformada por dos personas con independencia de su sexo o orientación sexual, que hayan convivido en una relación de afectividad estable y pública por un período mínimo de dos años. Prohíbe que entre los integrantes haya descendencia en común y no pueden constituir unión civil los menores de edad.

Los integrantes de la unión civil deben tener domicilio legal en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripto con por lo menos dos años y pueden inscribir la unión en el Registro Público de Uniones Civiles.

Algunas corrientes doctrinarias son contrarias a la unión civil en Argentina, pero hay aquellos que defienden, como Andrés Gil Domínguez (2003), Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y Universidad de Salamanca, en su artículo Ley de Unión Civil: un gran paso, en el Diario Clarín de Buenos Aires, que dice:

Aunque no lo establezcan expresamente, surge del texto que tanto la Constitución Argentina como la Constitución de la ciudad de Buenos Aires adscriben al modelo de Estado social y democrático de derecho. Dicho paradigma se basa en tres postulados esenciales: la tolerancia, el pluralismo y la participación. La tolerancia presenta como requisito la conciencia de la propia identidad: sólo quien está seguro de su biografía puede aceptar que cada persona alcance la trascendencia por medio de la fe, la razón o cualquier otro camino. El pluralismo implica una visión del mundo basada en la creencia de que la diferencia, el contraste, la disidencia y el cambio contribuyen positivamente a lograr la integración democrática mucho más que la unanimidad. La participación permite la redefinición del contrato de representación popular.

### 3.1.10 Bélgica

Siguió los pasos de Holanda en materia de matrimonio homosexual, legalizando las uniones civiles de personas del mismo sexo en enero de 2003, pero la ley entró en vigor el 1º de junio de 2003, fecha en la cual se celebró ya la primera boda homosexual.

Dado que la ley abre esta posibilidad para matrimonio homosexual, excluye expresamente la adopción de niños.

### 3.1.11 Estados Unidos

Algunos estados americanos son extremadamente conservadores, como el estado de Florida que prohíbe la adopción, y otros más liberales como la ciudad de San Francisco, estado de California. La situación actual del país "más democrático" del mundo, frente a los derechos fundamentales y humanos es compleja, en virtud de la postura de su mayor dirigente.

### 3.1.12 Africa del Sur

En la realidad, este país, a pesar de todos los problemas, la legislación es extremadamente moderna, asegurando la no-discriminación, especialmente en las relaciones de trabajo y seguridad social. El reconocimiento formal de la pareja permanente confiere al compañero el beneficio de pensión, asistencia médica y derechos sucesorios.

## 3.2 LA HOMOAFECTIVIDAD EN BRASIL

### 3.2.1 Aspectos Constitucionales

Se pretende en ese tópico, abordar que la Constitución de la República Federativa de Brasil del año 1988 alberga principios que permiten la posibilidad de otorga de efectos jurídicos a las relaciones homoafectivas, vale decir, que partiendo de una interpretación sistémica

del texto constitucional, se identifica que la Carta Magna no vedó el reconocimiento jurídico a las uniones homosexuales, una vez que provienen de hecho social capaz de provocar consecuencias jurídicas relevantes.

Con efecto, la Constitución Brasileña consagra el principio de igualdad, al disponer en el caput del su artículo 5º, que todos son iguales delante a la ley sin distinción de cualquier naturaleza. De igual modo, consta en su artículo 3º, inciso IV, como uno de los objetivos de la República Federativa de Brasil el de promover el bien de todos, sin preconceptos de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquier otras formas de discriminación.

La igualdad representa, en el campo de las uniones homoafectivas, la imposibilidad de si dar tratamiento desigual resultando de la orientación sexual.

En otras palabras, en el aspecto formal de la igualdad se debe dar el mismo tratamiento jurídico a todos los individuos, sin distinción de elección sexual. Si prohíbe la discriminación por orientación sexual.

Por su turno, el derecho a la libertad es prestigiado por la Constitución desde su preámbulo, como uno de los objetivos de la República Federativa de Brasil y está expreso en diversos dispositivos, tales como de la manifestación del pensamiento (art. 5º, inciso IV); libertad de conciencia y de creencia (art. 5º, inciso VI); de la libre expresión de la actividad intelectual (art.5º, inciso IX); del libre ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión (art.5º, inciso XIII); de la libre locomoción en el territorio nacional (art.5º, inciso XV); de la plena libertad de asociación para fines lícitos (art.5º, inciso XVII).

Así, la homosexualidad se ubica en el campo del derecho de libertad a través de la posibilidad de la libre elección de la opción sexual.

Haciendo un líame entre esos dos principios, es decir, de la igualdad y de la libertad, comenta Maria Berenice Dias (2004a):

Si alguien dirige su interés sexual a otra persona, es decir, opta por otro para mantener un vínculo afectivo, está ejerciendo su libertad. El hecho de direccionar su atención a una persona del mismo o de distinto sexo que el suyo, no puede ser blanco de tratamiento discriminatorio. Resulta exclusivamente del sexo de la persona que hace la elección, al cual dispone de la libertad de opción. El tratamiento diferente por alguien por orientarse en dirección de uno u otro sexo, resulta en una clara discriminación a la propia persona, en función de su identidad sexual. El hecho de nada sufrir se intenta un vínculo a una persona de sexo opuesto al suyo, y ser blanco del repudio social por dirigir su deseo a la persona del mismo sexo es prueba clara de la existencia de discriminación. Si todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, acá está incluso, por supuesto, la opción sexual que tenga.

Así, la protección contra la discriminación involucra el derecho a la orientación sexual, una vez que el sexo de la persona elegida (hombre o mujer), no puede generar tratamiento desigual con relación a quien elige, so pretexto de estar discriminando a alguien por el sexo que posee: igual o distinto del sexo de la persona elegido (DIAS, 2004a, p. 91) (Traducción hecha por el autor).

De extrema importancia, también, para el planteamiento de las cuestiones jurídicas involucrando la homosexualidad, parece el principio de la protección de la dignidad de la persona humana.

La dignidad humana constituye en el texto constitucional brasileño como uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho.

A través de ella, se busca asegurar el respeto a la individualidad de cada uno, inde-

pendiente de su opción sexual. Al revés, enfrenta tal principio agredir u ofender una persona por fuerza de su orientación sexual. Y dice Guimarães (2003):

El reconocimiento de efectos jurídicos a las relaciones homosexuales viene basado en la Constitución Federal, que establece entre los derechos fundamentales la dignidad de la persona humana, objetivando la construcción de una sociedad libre y solidaria, erradicando la marginalización y promoviendo el bien de todos, sin preconcepción de sexo y cualquier otras formas de discriminación, con fundamento en el principio de prevalecer los derechos humanos.

La buena doctrina y la moderna jurisprudencia, ante los dispositivos constitucionales, buscan evitar cualquier forma de marginalización del ser humano, sea por la orientación sexual, por raza, por género, por edad, por condición financiera. Todo un contingente de operadores del derecho, tiene inculcado, en sí, el germen de la constante revisión del derecho puesto frente a la evolución del hecho social. Se trata de reformadores sensibles a la realidad, despojados de preconcepciones y llenos de sentimiento de justicia, y respeto al semejante. Asimismo, la sociedad no está compuesta por solamente de reformadores. Buena parte de los operadores del derecho también son conservadores y pretenden, equivocadamente, reglamentar sentimientos. Se iluden narcisicamente, pensando que al aprisionar el hecho social estarán estableciendo el rumbo de la historia de la humanidad (GUIMARÃES, 2003, p. 150). (Traducción hecha por el autor).

Cabe entonces, analizar el artículo 226, párrafo 3º, da CF, que así dispone:

Artículo 226 – La familia, base de la sociedad, tiene especial protección del Estado.

(...)

Párrafo 3º - Para efecto de protección del Estado es reconocida la unión estable entre el hombre y la mujer como ente familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en casamiento.

Tiene los que sostienen que el dispositivo arriba sería impeditivo del reconocimiento de la unión estable entre personas del mismo sexo, pues restringió la definición de unión estable aquella formada por personas de sexo distinto, es decir, entre el hombre y la mujer.

Esa no es, sin duda, la mejor exégesis que se debe extraer del texto constitucional.

Antes de buscar lo entender, no se debe perder de mira que cabe al intérprete socorrer de principios de interpretación de la Constitución, entre ellos, se destacan para la solución del caso concreto, el principio de la efectividad, por lo cual compete al hermeneuta conferir la máxima efectividad posible a la norma constitucional.

Además, también merece destaque el principio de la concordancia práctica o de la armonización, por lo cual, habiendo aparente colisión entre normas constitucionales, se debe prestigiar la optimización, de forma a asegurar los valores por ella protegidos, sin que si acarree la negociación de ninguno de ellos.

Sin embargo, el conflicto, en la especie vertiente, es meramente aparente, pues en ningún momento el art. 226, § 3º de la Carta Magna brasileña puede ser interpretado como forma de otorga negativa de protección a los individuos que constituyen relaciones con persona del mismo sexo. Sin duda, el constituyente brasileño visó solamente facilitar la conversión en casamiento de la unión estable formada entre hombre y mujer, le concediendo el reconocimiento de entidad familiar. La disposición comentado, no veta, no prohíbe la con-

cesión de protección jurídica de las relaciones homoafectivas.

De otro modo, las normas constitucionales necesitan ser examinadas dentro de un sistema unitario de reglas y principios, y no de forma aislada. Así, entender contrariamente, o sea, que el enunciativo acarrearía la exclusión de reconocimiento de la convivencia entre homosexuales, importaría en considerar que la Constitución podría permitir la discriminación, en detrimento de los principios de igualdad, libertad y protección a la dignidad humana.

Sobre el tema, expone Rios (2001):

La tesis que sostiene la aplicación analógica del instituto de la unión estable a las uniones homosexuales aleja, primeramente, la existencia de óbice constitucional al reconocimiento de estas uniones en la citada especie de comunidad familiar. En la ausencia de prohibición expresa o de previsión positiva, postula la interpretación de la Constitución de acuerdo con el canon hermenéutico de la 'unidad de la Constitución', según lo cual una interpretación adecuada del texto constitucional exige la consideración de las demás normas constitucionales, de modo que sean evitadas conclusiones contradictorias (RIOS, 2001, p.122). (Traducción hecha por el autor).

En síntesis, la Carta Magna brasileña de 1988 no impidió otorgar derechos y deberes a la unión formada por personas del mismo sexo, vetando, al mismo tiempo, cualquier tipo de discriminación proveniente de orientación sexual. Tal reconocimiento, sin embargo, está aguardando una solución legislativa y no precisa necesariamente, recurrir a su equiparación a la entidad familiar, bastando que sean reglamentados los negocios jurídicos de ellas provenientes.

Vale decir, que no hay posibilidad de extraer del texto constitucional cualquier prohibición en el sentido de que sean disciplinados los efectos jurídicos provenientes de las uniones entre personas del mismo sexo.

Sin embargo, la Constitución brasileña de 1988 solamente reconoció tres especies de familia: la proveniente del casamiento, la familia monoparental y la familia constituida a través de la unión estable entre hombre y mujer.

La familia constituida por el casamiento tiene como presupuesto la diferencia entre los sexos, es requisito esencial para su propia existencia que el casamiento sea entre hombre y mujer.

En relación a la familia monoparental, se extrae su noción de la disposición del § 4º, art. 226 de la Carta Magna brasileña de 1988, o sea, es formada por cualquier de los padres y sus descendientes. Si aleja la noción de una pareja, pues la entidad familiar es formada por apenas uno de los cónyuges.

La unión estable está reconocida, en el texto constitucional, a través del § 3º, art. 226, como ya analizado. Presupone la convivencia pública, continua y duradera entre hombre y mujer con el objetivo de constituir una familia.

### 3.2.2 Nuevo Código Civil Brasileño

El nuevo Código Civil de Brasil que entró en vigor, originado de un proyecto de ley que tramitaba desde el año 1975, no reglamentó la materia, nada disponía sobre la unión entre personas del mismo sexo, pero al disciplinar en relación a la unión estable, aclaró la exigencia de la dualidad de sexos, en términos de su artículo 1.723, todo conforme al § 3º, art. 226 de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

Necesario se hace aludir a la existencia de proyecto de ley presentado por el Diputado Nacional Ricardo Fiúza que, al aceptar la colaboración y sugerencias producidas por especia-

listas en la materia, como los Profesores Doctores Zeno Veloso, Alvaro Vilaca y Regina Beatriz Tavares da Silva, que proponen diversas alteraciones al nuevo Código en vigor. Debe ser aclarado que este parlamentario fue el relator del proyecto del Código Civil durante su aprobación por el Congreso Nacional. Para suplir la apuntada omisión, recomienda el proyecto sea acrescentado al Estatuto Civil un nuevo dispositivo, con el siguiente término:

Artículo 1.727-A - Las disposiciones contenidas en los artículos anteriores (1.723 a 1.727) se aplican, en que caber, las uniones fácticas de personas capaces, que vivan en economía común, de forma pública y notoria, desde que no contraríen las normas de orden pública y de las buenas costumbres.

La justificativa para la propuesta está así fundamentada:

Es imperioso que si acrecenté dispositivo que reconozca derechos patrimoniales a las uniones fácticas de dos personas capaces, mismo porque la propia jurisprudencia ya viene atribuyendo a esas uniones los mismos efectos jurídicos de las sociedades de hecho. Entiendo que por lo menos la cuestión patrimonial entre parejas civiles debe ser disciplinada por el Derecho de Familia.

### 3.2.3 Proyecto de Ley

La diputada Marta Suplicy, del Partido de los Trabajadores del estado de San Pablo, en 1995 presentó un proyecto de ley disciplinando la unión civil entre personas del mismo sexo.

En su justificativa decía que pretendía valer el derecho a la orientación sexual, hetero, bi o homosexual, mientras expresión de los derechos inherentes de la persona humana. Si los individuos tienen derecho a la búsqueda de la

felicidad, por una norma impuesta por el derecho natural de todas las civilizaciones, no hay porque continuar negando o queriendo desconocer que muchas personas sólo son felices si ligadas a otras personas del mismo sexo, lejos de escándalos o anomalías, es difícil reconocer que esas personas sólo buscan el respeto a sus uniones como parejas, respeto y consideración que les es debida por la sociedad y por el Estado.

### 3.2.4 El fallo del Tribunal Superior Electoral

En 1º de octubre de 2004, en una decisión inédita, histórica y unánime, los ministros del Tribunal Superior Electoral brasileño, reconocieran la existencia de una relación afectiva estable entre personas del mismo sexo y negaran el registro de la candidatura de una diputada provincial a la intendencia de un municipio en el estado del Pará en virtud de ser compañera de la actual intendente del municipio.

Al decidir, los ministros hicieron una lectura moderna de la Constitución Nacional brasileña. El artículo 14, párrafo 7º, establece que "son inelegibles, en el territorio o jurisdicción del titular, el cónyuge y los parientes consanguíneos o afines, hasta el segundo grado o por adopción" de los ocupantes de cargos en el ejecutivo. Esa prohibición tiene el objetivo de evitar el uso de la maquina administrativa en la elección y la perpetuación de familias en el poder, o sea, las llamadas manutención de las oligarquías en el poder.

El ministro Gilmar Mendes, relator del fallo, dice que el tribunal tiene entendido que, además del cónyuge casado oficialmente con el actual intendente, gobernador o presidente reelecto, la concubina es inelegible. Dice que: "En que pese el ordenamiento jurídico brasileño aun no tener admitido la comunión de vidas entre personas del mismo sexo como entidad familiar, creo que esa relación tenga reflejo en la esfera federal".

### 3.2.5 Decisiones Administrativas y Otros Fallos

En nivel administrativo, el Instituto Nacional de Seguridad Social brasileño normalizó la concesión de beneficios a las parejas homosexuales, en face de la decisión del Supremo Tribunal Federal tener extendido los beneficios de seguridad a los pares del mismo sexo.

El hecho de no haber previsión legal para específica situación, no significa ausencia de derecho a la tutela jurídica. La omisión de la ley, no quiere decir inexistencia de derecho, ni impide que se extraían efectos jurídicos de determinada situación fáctica. El silencio del legislador debe ser suplido por el juez

No hay como negar aunque carente de legislación para reglamentar eso modelo de relación social, la evolutiva jurisprudencia, en especial, del Superior Tribunal de Justicia viene proclamando con vanguardia la existencia de la sociedad de facto en las relaciones homoafectivas, como se observa en el fallo:

SOCIEDAD DE FACTO. HOMOSEXUALES. DIVISIÓN DEL BIEN COMÚN. EL COMPAÑERO TIENE EL DERECHO DE RECIBIR LA MITAD DEL PATRIMONIO ADQUIRIDO POR EL ESFUERZO COMÚN, RECONOCIDA LA EXISTENCIA DE SOCIEDAD DE FACTO CON LOS REQUISITOS EN EL ART. 1363 DEL C. CIVIL.  
Responsabilidad civil. Daño moral. Asistencia al enfermo con sida. Improcedencia de la pretensión de recibir del padre del compañero que murio con sida la indemnización por el daño moral de haber soportado sólo los gastos que resultaron de la enfermedad. Daño que resultó de la opción de vida asumida por el autor y no de la omisión del pariente, faltando el nexo de causalidad. art. 159 del C. Civil. Acción posesoria juzgada improcedente. Demás cuestiones prejudiciales. Recurso conocido en parte y aceptado.

## 4 DIMENSIÓN AXIOLÓGICA

### 4.1 CONCLUSIÓN

Una persona que sufra discriminación no puede ser libre en el sentido *lato* de la palabra. Faltando libertad, se está violando un principio fundamental de la persona.

No es más posible convivir con la intolerancia, con la exclusión social. Se debe luchar por un mundo más fraterno, sin ninguna discriminación, que las personas tengan por lo menos, más solidaridad y fraternidad.

El Poder Judicial tiene una gran parte de contribución para disminuir la discriminación, sea ella cual fuera. Debiendo el juez atender en su misión mayor, que es respetar la dignidad del ser humano. No se puede esconder más en su toga, en el acto de juzgar.

Es preciso sacar la venda de la justicia, olvidar el aforismo de que el juez es un hombre sólo. No, el juez es un ser social, que debe juzgar dentro de la realidad en que vive.

Es imperioso que los jueces cumplan con su verdadera misión, que es hacer justicia. Arriba de todo precisan tener sensibilidad para tratar de temas tan delicados, como las relaciones afectivas, cuyas demandas deben ser juzgadas con más sensibilidad y menos prejuicios. Las decisiones precisan dar más atención al principio de la igualdad y revestirse de más humanismo.

Es necesario tener una visión plural de las estructuras familiares e insertar en el concepto de familia los vínculos afectivos que, por involucrarse más en el sentimiento de que la voluntad, merecen la especial protección que sólo el derecho de familia consigue asegurar.

Las personas y las iglesias no deben olvidar que el mundo de hoy es plural y que todas las naciones buscan el ejercicio de los derechos sociales individuales, la libertad, la seguridad, el bienestar, el desarrollo, la igualdad y la justicia como valores supremos de una sociedad fraterna, pluralista y sin prejuicios.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congreso Nacional. Proyecto de Ley n. 1151, de 1995. Autora: Diputada Marta Suplicy (PT-SP). <http://glsplanet.terra.com.br/news/integra.htm>. Acceso en 20.11.04

BRASIL. Congreso Nacional. Parecer de la Comisión Especial en 10 de diciembre de 1996. Relator: Diputado: Roberto Jefferson.

BRASIL. Constituição Federal do Brasil. Rio de Janeiro: Saraiva Editora, 2005.

BRASIL. STJ. RESP 14889/MG; RECURSO ESPECIAL 1997/0066124-5. Sala Cuatro. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Juzgado en 10/02/1998.

BRASIL. TSE. RESP /PA. Ministro: Gilmar Mendes. Juzgado en 01/10/2004.

COMPENDIO DE NORMAS INTERNACIONALES. Buenos Aires: La Ley, 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre homoafetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2004a.

\_\_\_\_\_. Uniones homoafectivas: una omisión injustificable. <http://www.amnito-jurídico.com.br/aj/dcivil10038.htm>. Acceso en: 20 nov.04b.

DOMÍNGUÉZ. Andrés Gil. Ley de unión civil: un gran paso. Clarín, Tribuna Abierta, Buenos Aires, en 01.12.2003. <http://www.cha.org.ar/html/ucivil/021223.htm>. Acceso en: 25 nov. 04.

GUIMARAES, Marilene Silveira. **Homossexualidade**: discussões jurídicas e psicológicas. Curitiba: Juruá, 2003.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

RODRÍGUEZ ZAPATERO, José Luís. **Matrimonio a la española**. Página 12, Buenos Aires, 2 oct. 2004. p. 2-3

I